

# Kroniek van het algemeen bestuursrecht

## Van toekomstmuziek, via terugblikken naar een tegengeluid

Tom Barkhuysen en Willemien den Ouden<sup>1</sup>

Daalder en Geleijnse besteedden in hun Najaarskroniek<sup>2</sup> uitgebreid aandacht aan het debat over de toekomst van de bestuursrechtspraak. Dat debat is in het afgelopen half jaar, soms op scherpe toon, voortgezet. Rechtseenheid, noodzakelijke differentiatie en overzichtelijkheid in de bestuursrechtspraak blijven dringende punten. Datzelfde geldt voor het streven naar effectieve geschilbeslechting door de bestuursrechters. En – een nieuwe lente, een nieuw (tegen)geluid – na alle aandacht voor de vorm de afgelopen jaren, zou nu meer het accent op de inhoud moeten gaan liggen.

### 1. De toekomst van de bestuursrechtspraak en rechtseenheid

#### 1.1. Wie wordt de hoogste bestuursrechter?

Zoals bekend, blijkt uit het regeerakkoord van oktober 2012 dat de regering voornemens is de Raad van State op te splitsen in een adviserend en een rechtsprekend deel; het rechtsprekende deel zou vervolgens moeten worden samengevoegd met de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Het position paper dat de Raad voor de rechtspraak (Rvdr) naar aanleiding van die passage schreef, is reeds besproken in de Najaarskroniek van Daalder en Geleijnse, die constateerden dat die standpuntbepaling van de Raad de pennen flink in beweging heeft gebracht. Inmiddels heeft de Rvdr, op verzoek van de Tweede Kamer, per brief van 14 november 2013, een meer uitgewerkt advies gegeven over de modernisering van de organisatie van de bestuursrechtspraak in hoogste instantie.<sup>3</sup> Daarin pleit de Raad er voor de bestuursrechtspraak 'nu eindelijk' onder te brengen waar deze naar zijn mening thuishoort: bij de rechterlijke macht. Daartoe zou een nieuw bestuursrechtelijk hof moeten worden ingesteld dat de geschillen die nu worden voorgelegd aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), de Centrale Raad van

Beroep (CRvB) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) kan behandelen. De Raad adviseert dit nieuwe bestuursrechtelijk hof op één lijn met de andere gerechtshoven onder te brengen in de structuur van de rechterlijke macht en – niet onbelangrijk – te doen ressorteren onder de Rvdr. Verder adviseert hij, in het kader van de rechtseenheid in het bestuursrecht, in bestuursrechtelijke zaken de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet te introduceren, althans voor zover het gaat om rechtsvragen waarover meer rechters in hoogste instantie kunnen oordelen. Als alternatief noemt de Raad de mogelijkheid het bestuursrecht in hoogste instantie onder te brengen bij de vier bestaande gerechtshoven. Om de rechtseenheid in dat geval de waarborgen zou dan tot concentratie per rechtsgebied moeten worden overgegaan, zodat slechts één hof zou zijn belast met bijvoorbeeld de behandeling van vreemdelingenzaken. Volgens de Rvdr zou het onderbrengen van de CRvB en het CBB bij de Raad van State een stap in de verkeerde richting betekenen. In dat geval zou immers geen sprake zijn van een tot de rechterlijke macht behorend gerecht, maar van een Afdeling van een Hoog College van Staat, dat primair de functie heeft om de regering van advies te dienen. Dat zou de langlopende discussie over de onafhankelijkheid van de hoogste bestuursrechter niet doen beëindigen,

#### Auteurs

1. Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat bij Stibbe te Amsterdam, hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en lid van de redactie van het *NJB*.

#### Prof. mr. drs. W. den Ouden is hoogleraar

Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden, Dean van de Honours Academy van diezelfde universiteit en medewerker van het *NJB*.

#### Noten

2. E.J. Daalder en C.A. Geleijnse, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2013/2110, afl. 35, p. 2390-2400.

3. Te vinden op de website van de Raad:

[www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Documents/7435%20Advies%20derde%20fase%20versie%2014%20nov.pdf](http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Documents/7435%20Advies%20derde%20fase%20versie%2014%20nov.pdf).

aldus de Raad.<sup>4</sup> Wat betreft andere alternatieven; die zijn volgens de Raad slechts aanvaardbaar wanneer zij tot substantiële verbetering leiden op de punten die alom worden erkend als de zwaktes van het huidige stelsel van bestuursrechtspraak: onafhankelijkheid, rechtseenheid en overzichtelijkheid. Daarbij merkt hij er, voor alle duidelijkheid, bij op dat de zwakte van dat stelsel niet is gelegen in de kwaliteit van de geschillenbeslechting van de Afdeling bestuursrechtspraak.

Dit advies leidde direct tot een reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, J.E.M. Polak. Al op 15 november 2013 schreef hij een brief aan de Tweede Kamer, waarin hij meldde dat het advies van de Rvdr noodzaakte tot een reactie ter voorkoming van 'eenzijdige beeldvorming'. Nadat hij had opgemerkt dat hij het niet passend vond om in te gaan op de 'minder consistente elementen en misverstanden in de redenering van de Raad voor de rechtspraak' stelt de voorzitter vast dat het EHRM al in 2003 heeft vastgesteld dat de onafhankelijkheid van de Afdeling bestuursrechtspraak buiten twijfel staat. Verder benadrukt Polak vooral het belang van snelle geschillenbeslechting. Volgens hem zouden de doorlooptijden aanzienlijk toenemen als het voorstel van de Rvdr zou worden gevolgd, gezien de langere doorlooptijden bij de bestuursrechtelijke colleges binnen de rechtelijke organisatie, met hoge maatschappelijke kosten als gevolg. Nog daargelaten de veel langere maatschappelijke onzekerheid die het gevolg zal zijn van de door de Raad voor de rechtspraak noodzakelijk geachte cassatierechtspraak.<sup>5</sup> Koeman doet een poging tot synthese en bepleit een Raad voor de bestuursrechtspraak die onderdeel uitmaakt van de rechterlijke macht en die niet is onderworpen aan cassatie bij de Hoge Raad. Op termijn zou bij deze Raad ook de belastingrechtspraak kunnen worden ondergebracht. Een verbinding met de Raad van State acht hij niet noodzakelijk. Praktisch als hij is, noemt Koeman als Amsterdammer ook meteen Amsterdam als een mogelijke plaats van vestiging.<sup>6</sup>

Als het goed is zal zeer binnenkort meer duidelijk worden over de toekomstmuziek die zal klinken in dit dossier. Minister Plasterk beloofde de kamer tijdens de behandeling van de BZK-begroting eind november 2013 namelijk dat de regering in het voorjaar (aangegeven werd zelfs vóór 1 april 2014, maar deze datum is niet gehaald) zal laten weten op welke manier zij uitvoering zal geven aan de bedoelde passage in het regeerakkoord. Of de minister, die de afgelopen periode de nodige andere toestanden aan zijn hoofd had, op zijn post blijft of niet, een en ander zal in ieder geval voor het nodige vuurwerk zorgen.

### **1.2. Rechtseenheid in de huidige praktijk: over de redelijke termijn en meer**

In de rechtspraak werd ondertussen op andere gebieden hard doorgewerkt aan de rechtseenheid in het bestuursrecht<sup>7</sup> (al meent Ortleip dat er nog geen reden is voor een feestje).<sup>8</sup> Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven bracht op 23 oktober 2013 voor de eerste keer een conclusie uit in een bestuursrechtelijk geschil.<sup>9</sup> Centraal stond de vraag naar de redelijke beslistermijnen voor bestuur en rechter in het licht van artikel 6 EVRM. De Staatsraad advocaat-generaal adviseerde de hoogste bestuursrechters voor de behandelingsduur van zaken bestaande uit een

bezwaarprocedure en de procedure bij twee rechterlijke instanties, een uniforme redelijke termijn van vier jaar te hanteren. De duur van een zogenoemde prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie in Luxemburg zou daarbij buiten beschouwing moeten worden gelaten, zowel wanneer in een zaak zelf prejudiciële vragen zijn gesteld, als in zaken die zijn aangehouden omdat in een andere zaak prejudiciële vragen werden gesteld. In het laatste geval moet dan wel naar de 'redelijkheid' van de aanhouding worden gekeken: de prejudiciële vragen dienen, gelet op de omvang van geding (rechtsstrijd) in de aangehouden zaak, relevant te zijn voor de beoordeling van die zaak.

Niet lang daarna, op 29 januari 2014, heeft een zogenaamde grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uitspraak gedaan in deze kwestie, de eerste uitspraak van deze kamer.<sup>10</sup> De grote kamer bestond uit de voorzitter van de Afdeling, de presidenten van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven en een lid van de Hoge Raad, die tevens staatsraad in buitengewone dienst zijn en een staatsraad van de Afdeling. Zoals bekend is de grote kamer bedoeld als middel om te komen tot eensluidende oordelen over college-overstijgende rechtsvragen. In de uitspraak wordt de redelijke termijn voor de afdoening van bestuursrechtelijke geschillen inderdaad vastgesteld op vier jaar. Daarmee is aangesloten bij de jurisprudentie

## **In de rechtspraak werd ondertussen op andere gebieden hard doorgewerkt aan de rechtseenheid in het bestuursrecht**

van de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad. Voor het geschil in eerste aanleg, waaronder ook de bezwaarfase wordt begrepen, geldt vanaf dat moment een redelijke termijn van twee jaar. Wordt deze termijn overschreden, dan wordt dit aan het bestuursorgaan respectievelijk aan de bestuursrechter toegerekend voor zover de duur van de bezwaarfase een half jaar overschrijdt en de beroepsfase voor zover zij meer dan anderhalf jaar in beslag heeft genomen. Voor de hoger beroepsprocedure is de redelijke termijn op twee jaar vastgesteld. Bij overschrijding van de redelijke termijn moet de overheid in beginsel € 500 aan vergoeding voor immateriële schade betalen voor ieder half jaar overschrijding. Er blijven echter omstandigheden die de overschrijding van de redelijke termijn kunnen rechtvaardigen, zoals in eerdere jurisprudentie al was vastgelegd,<sup>11</sup> zoals de complexiteit van een geschil of het processuele gedrag van een appellant. Ook voor wat betreft de prejudiciële vragen volgt de grote kamer het advies van de AG: de duur van die procedure telt niet bij berekening van termijnoverschrijding, ook wanneer zaken in verband met de prejudiciële procedure in een ander

## De gang van zaken in de redelijke termijnzaak roept nog wel de vraag op of de rechtsvorming niet nog een steuntje in de rug kan gebruiken in de vorm van een *amicus curiae*

geschil zijn aangehouden, mits die aanhouding redelijk is.

Ook het Hof van Justitie liet zich in de kroniekperiode uit over overschrijding van de redelijke termijn door het Gerecht. Anders dan in eerdere jurisprudentie, blijkt uit de drie arresten van dezelfde datum<sup>12</sup> dat genoegdoening in dat soort gevallen niet langer mag worden geboden door een verlaging van de opgelegde boete, maar uitsluitend nog via een schadevergoeding. Daarvoor dient een aparte vordering te worden ingesteld bij het Gerecht op grond van artikel 269 jo. 340 VWEU, dat daarover moet oordelen in een andere samenstelling dan over het geschil dat beweerdelijk te veel tijd in beslag nam. Als reden voor de keuze voor een schadevordering noemt het Hof dat het een doeltreffend en algemeen toepasselijk rechtsmiddel is om overschrijding van de redelijke procestermijn te bestraffen. Het is de vraag of deze jurisprudentie ook gevolgen zal hebben voor de lidstaten; daarover bieden de uitspraken geen uitsluitsel, aldus annotator Widdershoven. Indien ervan wordt uitgegaan dat het middel van schadevordering is gebaseerd op artikel 47, eerste alinea, van het Handvest en dat de invulling daarvan door het Hof ook bindend is voor de lidstaten voor zover zij handelen binnen de reikwijdte van het Handvest, kan dat betekenen dat ook nationale rechters afscheid moeten nemen van de boeteverlaging als sanctie voor termijnoverschrijding door de rechter. Zo ver is het nog niet volgens Widdershoven, die zijn standpunt baseert op het feit dat zowel het Hof in de genoemde arresten, als A-G Sharpston in haar belangwekkende conclusie bij de *Groupe Gascogne*-zaak, geen enkele aandacht besteedt aan de mogelijkheid van doorwerking van hun standpunt in de lidstaten, terwijl zij weten (zo blijkt onder meer uit de genoemde conclusie) dat in veel lidstaten wordt gewerkt met boeteverlagingen in dit soort gevallen. Ook vanuit een oogpunt van tijdige geschilbeslechting valt er het nodige aan te merken op de koers van het Hof van Justitie omdat wanneer deze zou worden gevolgd in nationale gevallen, voor het verkrijgen van schadevergoeding

in boetezaken er een aparte tijdrovende, procedure ahangig zou moeten worden gemaakt.

In dat licht is het opvallend dat de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat voor de vergoeding van immateriële schade bij overschrijding van de redelijke termijn in civiele zaken (ook die waarin een overheidsrechtspersoon partij is) een aparte procedure bij de kantonrechter ahangig moet worden gemaakt.<sup>13</sup> Daarbij wordt wel – meer en minder overtuigend – gemotiveerd waarom in het burgerlijk procesrecht geen ruimte zou bestaan om de bestuursrechtelijke variant te kiezen, waarin de schadevergoeding in de lopende procedure kan worden meegenomen. Gewezen wordt op het feit dat de bestuursrechter daartoe beter geëquipeerd zou zijn, op het burgerlijk procesrecht dat niet echt ruimte zou laten voor het betrekken van een derde partij als de Staat in een lopende civiele procedure en op lessen uit de rechtsvergelijking. De pijn van een extra procedure wordt iets verzacht doordat daar geen griffierecht mag worden geheven van de Hoge Raad. De Hoge Raad gaat wel mee in de in de bestuursrechtspraak uitgezette lijn dat de vergoeding op grond van het aan artikel 6 EVRM ten grondslag liggende rechtsbeginsel (niet genoemd wordt welk beginsel precies) ook moet kunnen worden verkregen in zaken die strikt genomen niet onder dit verdragsartikel vallen. Verder wordt aangesloten bij het bedrag van € 500 voor elk half jaar dat een zaak te lang duurt. De Hoge Raad waagt zich, anders dan de bestuursrechters, echter niet aan standaardrichttermijnen. Maatwerk is aangewezen op dit punt volgens de Hoge Raad.

Inmiddels heeft ook de andere Staatsraad A-G zijn eerste conclusies het licht doen zien. Eerst in een vreemdelingenrechtelijke zaak<sup>14</sup> en daarna over het besloten clubcriterium en het ingezetenen criterium, zoals opgenomen in het toelatingsbeleid voor coffeeshops in Tilburg en Maastricht. In die laatste zaak zou niet in strijd met de Grondwet, het internationale recht en het Europese recht zijn gehandeld aldus de A-G.<sup>15</sup> J.E.M. Polak benadrukt in

4. Iets wat de President van de Hoge Raad, Corstens, ook al zei in een interview in het *Advocatenblad* van oktober 2013 (p. 17): '[a]ls je de banden tussen rechters- en adviseursrol wilt doorsnijden, moet je ze niet meer onderbrengen in dezelfde institutie'.

5. Iets waarvoor ook Rob Widdershoven en Anna Collignon bevreesd zijn, zo blijkt uit een 'vakgenoten-dubbelinterview' in het blad *Mr.* 2014, afl. 4, p. 70 e.v.

6. N.S.J. Koeman, 'De toekomst van de bestuursrechtspraak', *NTB* 2014/5.

7. Zo volgt uit HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:699, dat de Hoge Raad

zich aansluit bij de ABRvS als het gaat om het op grond van artikel 6 EVRM achterwege laten van een niet-ontvankelijkverklaring als de betrokkene het griffierecht niet kan betalen (vergelijk ABRvS 6 maart 2013, ECLI:NL:RVS:BZ4443).

8. R. Ortlep, 'Het "feestje" van de rechts-eenheid bij de hoogste bestuursrechters', *NJB* 2013/2408, afl. 41, p. 2874-2875.

9. Conclusie A-G Widdershoven 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1586.

10. ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188, inclusief conclusie opgenomen in AB 2014/115, m.nt.

Barkhuysen en Van Emmerik.

11. Verwezen wordt naar ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2010:BN1170; CBb 25 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ2560, AB 2009, 323, m.nt. Sewandono; CRvB 14 december 2012,

ECLI:NL:CRVB:2012:BY6202, AB 2013/34, m.nt. Jansen; HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO9006, AB 2006/11, m.nt. Jansen.

12. HvJ EU 26 november 2013, nr. C-58/12P (*Groupe Gascogne*), AB 2014/63, m.nt. Widdershoven, NJ 2014/113, m.nt. Mok, nr. C-40/12P

(*Gascogne Sack Deutschland*) en nr. C-50/12P (*Kendrion*).

13. HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736.

14. Conclusie van 12 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1882.

15. Conclusie van 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2532. Zie over het ingezetenen criterium ook: L.J.J. Rogier, 'Coffeeshopbeleid en het ingezetenen criterium', *Trema* 2014, p. 36-41.

een bijdrage in dit blad dat het werk van de A-G's niet alleen van belang is voor de rechtseenheid in het bestuursrecht, maar ook voor de rechtsvormende taak van de bestuursrechters.<sup>16</sup> De gang van zaken in de redelijke termijnzaak roept nog wel de vraag op of de rechtsvorming niet nog een steuntje in de rug kan gebruiken in de vorm van een *amicus curiae*.<sup>17</sup> Ook is geopperd na te denken over de introductie van een prejudiciële procedure in het bestuursrecht, naar analogie met het civiele recht.<sup>18</sup>

### 2. Effectieve geschilbeslechting

Niet alleen de rechtseenheid binnen de bestuursrechtpraak, maar ook de effectiviteit daarvan heeft in de afgelopen periode weer flink in de belangstelling gestaan. Zo werd in dit blad aandacht gevraagd voor mediation in het openbaar bestuur en bestuursrecht, als middel om onnodige juridische procedures te voorkomen en om in complexe bestuurlijke kwesties tot een goed besluit te komen.<sup>19</sup> Op het invoeren van *verplichte* mediation, waarvoor een initiatiefwetsvoorstel in de Tweede Kamer ligt, bestaat echter terecht de nodige kritiek.<sup>20</sup> De Jonge VAR besteedde aan de hand van preadviezen aandacht aan de effectieve afhandelingen van massale bestuursrechtelijke procedures onder meer door een vergelijking met het civiele recht en het belastingrecht.<sup>21</sup> Verder blijft de nieuwe zaaksbehandeling (Nzb) tot de nodige beschouwingen leiden. Zo heeft Marseille, aan de hand van een experiment bij de CRvB, onderzocht of de Nzb ook van waarde kan zijn in hoger beroep.<sup>22</sup> Daaruit bleek dat de regiezing, die deel uitmaakt van de Nzb, een flexibel instrument is dat een heel verschillende invulling toelaat; de feitelijke invulling bleek in de praktijk ook enorm te verschillen. De werklust kan afnemen door het houden van een regiezing; met name doordat beroepen vaker worden ingetrokken en veel vaker enkelvoudig worden afgedaan. Marseille concludeert dat er vanuit een oogpunt van efficiëntie geen belemmeringen zijn (integendeel!) en dat er meerdere aanwijzingen zijn dat regiezittingen kunnen bijdragen aan de finale beslechting van het juridische geschil en het eventuele onderliggende conflict. Uiteindelijk lijkt dus beslissend te zijn hoe breed appelrechters het finaliteitsideaal willen omarmen.

Dat niet alle rechters zo positief zijn over de Nzb blijkt uit een artikel van Jue in dit blad, waarin hij bestuursrechters oproept hun ivoren toren te verlaten en waarin hij, op basis van een jaar ervaring met werken met de Nzb, die behandeling van zaken kwalificeert als het 'typische resultaat van het maatschappelijke isolement waarin de rechtspraak verkeert'.<sup>23</sup> Hij meent dat Nzb geen recht doet aan het rapport van de Commissie Ilsink uit 2007, waaruit onder meer duidelijk werd dat de bestuursrechter te weinig daadkracht vertoont in zijn uitspraken. Hij doet verslag van een experiment bij de Rechtbank Almelo gericht op het effectiever maken van de rechtspraak, waarin men partijen (vooraf) veel actiever is gaan informeren en het zogenaamde één kans beleid is geïntroduceerd: als er een gebrek werd geconstateerd in een besluit kreeg het bestuursorgaan één kans dat gebrek te herstellen. Lukte dat niet of werd de gegunde termijn daarvoor niet gebruikt, dan ging de rechtbank er vanuit dat herstel niet mogelijk was en stelde zij zelf zoveel mogelijk de rechtspositie vast. Ook Govaers noemt de

finaliserende rechter in *Trema* 'niet louter een succesverhaal'.<sup>24</sup> Heinrich en Den Herder daarentegen menen dat het werk van gemachtigden van bestuursorganen er rijker en uitdagender door is geworden.<sup>25</sup> Er wordt, nu er niet meer (uitgebreid) kan worden gepleit, meer werk gemaakt van het verweerschrift en daarin wordt soms al geanticipeerd op de finaliseringsopdracht van de rechter. De Nzb wordt uitgebreid beschreven in het boek 'Geschilbeslechting door de bestuursrechter', dat ten opzichte van de voorganger '*Procederen bij de bestuursrechter*', dus niet alleen een nieuwe titel heeft gekregen.<sup>26</sup>

Tot slot wijzen wij onder het kopje effectieve geschilbeslechting op de interessante preadviezen van Eggermont en Verheij over de omgang met de schending van (vorm)voorschriften door de bestuursrechter in België en Nederland.<sup>27</sup> In beide landen is een ontwikkeling gaande dat de rechter daaraan in beginsel geen gevolgen verbindt, indien de naleving van de geschonden voorschriften niet tot een andere inhoudelijke uitkomst zou hebben geleid. Besproken worden onder meer het passeren van (vorm)voorschriften (artikel 6:22 Awb), de mogelijkheid om de rechtsgevolgen van vernietigde besluiten in stand te laten (artikel 8:72 lid 3 onder a Awb), de bestuurlijke lus (artikel 8:51a Awb e.v.) en het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb: de Nederlandse instrumenten om een einde te maken aan het vaak eindeloze gepingpong tussen rechter en bestuur en om te komen tot definitieve geschilbeslechting. Het zo ontstane Nederlandse systeem wordt positief gewaardeerd: het leidt in de regel tot snellere en definitieve afdoening van geschillen op gronden die daadwerkelijk de belangen van partijen betreffen. Maar er bestaat ook een reëel risico dat de afwezigheid van potentiële sancties op schending van rechtsnormen en ruime mogelijkheden om deze schendingen later te herstellen, het bestuur minder wetsgetrouw maakt. Barkhuysen wijst in dat verband onder meer op de mogelijkheid om ter voorkoming daarvan in dat geval ruimer toepassing te geven aan artikel 2 lid 3 Besluit proceskosten bestuursrecht om bovenforfaitaire proceskostenvergoedingen te faciliteren en aan financiële sancties op schending van normen, analoog aan de vergoeding van immateriële schade bij schending van de redelijke termijn en – soms – het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs.<sup>28</sup>

### 3. Awb (en WOB) wetgevingsnieuws

#### 3.1 Evaluaties van de Awb: afwijkingen en misbruik

In 2013 was het vijftien jaar geleden dat de derde tranche van de Awb in werking trad. Vanwege dat (al dan niet heugelijk te noemen) feit verschenen er diverse artikelen over de resultaten van de betreffende wetgeving in de *Netherlands Administrative Law Library* (NALL),<sup>29</sup> onder meer over de ontwikkelingen in het handhavingsrecht, het subsidie recht en de beleidsregel.<sup>30</sup> In de bijdrage die de NALL-redactie schreef naar aanleiding van deze niet-officiële evaluatie van de derde tranche van de Awb wordt onder meer gezien of er op grond van deze terugblik 'algemene codificatielessen' kunnen worden getrokken.<sup>31</sup> Hoewel de auteurs enthousiast zijn over het Awb-project als katalysator voor de vorming van bestuursrechtelijke doctrine en rechtsontwikkeling, concluderen zij ook dat van de in de Awb opgenomen normen lang niet altijd een sturende



werking uitgaat. Dit komt onder meer doordat de bijzondere wetgever regelmatig kiest voor afwijking van de algemene regeling. Die conclusie strookt geheel met een officiële evaluatie naar de werking van de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling (titel 4.4 Awb), die bij de vierde tranche van de Awb in 2009 is ingevoerd.<sup>32</sup> Hoewel deze breed opgezette regeling in potentie een enorme reikwijdte heeft (de bestuursrechtelijke geldschuld kent in de rechtspraak een grote omvang en variëteit),<sup>33</sup> heeft zij niet de beoogde rechtseenheid op het gebied van geldschulden van en aan de overheid gebracht. De uniformiteit wordt vooral doorkruist door de vele bijzondere wetten die de geldschuldentitel geheel of gedeeltelijk buiten toepassing verklaren en afwijkende regelingen geven. Afwijken lijkt welhaast de norm voor de bijzondere wetgever, zo verzuchten de onderzoekers. Vooral de Invorderingswet 1990, die op grote schaal van toepassing wordt verklaard door de bijzondere wetgever, blijkt een geduchte concurrent van titel 4.4 Awb.

De fiscale wetgever blijft ondertussen zelf ook afwijken in formele wetgeving van regels van de Awb. Als recente voorbeeld kan worden genoemd het Wetsvoorstel vereenvoudiging formeel verkeer Belastingdienst,<sup>34</sup> waarin onder meer is geregeld dat voordat bezwaar kan worden gemaakt tegen een belastingbeschikking, in beginsel eerst altijd een herziening van die beschikking moet worden gevraagd door de belastingplichtige. Een tweede voorbeeld geeft de Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit, die op 1 januari 2014 in werking trad. Daarin is geregeld

dat – in afwijking van de Awb – ook het doen plegen, uitlokken en medeplegen van fiscale en toeslagen-fraude kan worden gesanctioneerd met een bestuurlijke boete.<sup>35</sup> In de memorie van toelichting bij beide regelingen wordt benadrukt dat de fiscale uitvoeringspraktijk nu eenmaal vraagt om een andere regeling dan gegeven door de Awb. De Raad van State was over beide regelingen kritisch: hij

## Afwijken lijkt welhaast de norm voor de bijzondere wetgever, zo verzuchten de onderzoekers

kon de argumentatie om over te gaan tot afwijking van de algemene regels niet goed volgen. Dat hield de, inmiddels vertrokken, staatssecretaris van financiën niet af van zijn plannen. Hij meende dat het belastingrecht in een aantal opzichten nu eenmaal verschilt van het bestuursrecht in het algemeen. Wel nam hij een horizonbepaling op in het wetsvoorstel inzake fraudemaatregelen: de gewraakte bepalingen (opgenomen in artikel 41bis van de Awir en artikel 67o AWR) zullen komen te vervallen op 1 januari 2019, tenzij voor die datum een wetsvoorstel is ingediend dat het onderwerp alsnog regelt.

16. J.E.M. Polak, 'Rechtsvorming bij en de dialoog met de bestuursrechter', *NJB* 2014/4, afl. 1, p. 15-19. Zie in dit verband ook: J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk absteren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

17. T. Barkhuysen, 'Betere bestuursrechtelijke rechtsvorming met een amicus curiae?', *NJB* 2014/519, afl. 10, p. 633.

18. T. Barkhuysen & Y.E. Schuurmans, 'Een prejudiciële procedure in het bestuursrecht?', *AAe* 2013, p. 736 e.v.

19. A.M. Kramer, 'Mediation in het openbaar bestuur en bestuursrecht', *NJB* 2014/361, afl. 7, p. 458-463.

20. L.M. Koenraad, 'Ruimte voor mediation', *NJB* 2014/523, afl. 10, p. 651-652.

21. Zie de preadviezen op de website, [www.verenigingvoorbestuursrecht.nl](http://www.verenigingvoorbestuursrecht.nl).

22. A.T. Marseille, 'De Nieuwe zaaksbehandeling, van waarde in hoger beroep?', *NTB* 2013/31.

23. R.J. Jue, 'Weg uit de ivoren toren', *NJB* 2013/2303, afl. 39, p. 2742-2745.

24. E.J. Govaers, 'De finaliserende bestuursrechter, louter een succesverhaal?', *Trema* 2013, p. 309 e.v.

25. J.P. Heinrich & H. den Herder, 'Ook gemachtigden van bestuursorganen zijn aan

de slag met de Nieuwe Zaaksbehandeling', *JBplus* 2013, 4.

26. A.T. Marseille & H.D. Tolma, *Geschiedenis van de bestuursrechter*, Deventer: Kluwer 2013.

27. S. Eggermont, 'Schending van vormvrijheid in het kader van een oplossingsgerichte rechtspraak: de bestuurlijke lus bekeken vanuit een rechtsvergelijkend perspectief', in: S. Eggermont e.a., *Preadviezen voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013; N. Verheij, 'De Nederlandse bestuursrechter: van grensrechter naar geschilbeslechter', in: S. Eggermont e.a., *Preadviezen voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

28. T. Barkhuysen, 'Nieuw bestuursprocesrecht en "deresponsabel" bestuur', *NJB* 2013/2404, afl. 41, p. 2855. Vgl. HR 29 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1456, AB 2014, 71, m.nt. Kortmann, waarin de Hoge Raad overweegt dat de burgerlijke rechter geen rol heeft als het gaat om kosten van bezwaar en beroep nu art. 8:75 Awb dit exclusief bij de bestuursrechter neerlegt. Daarbij wordt er wel op gewezen dat de bestuursrechter de ruimte heeft om

onder omstandigheden een bovenforfaitaire vergoeding te bepalen.

29. [www.nall.nl](http://www.nall.nl).

30. H. Broeksteeg, 'De Awb als constante van het bestuurlijk toezicht', DOI:10.5553/NALL/.000014; R. Jacobs en W. den Ouden, 'Wat was, werd en wordt belangrijk in het algemene subsidierecht?', DOI:10.5553/NALL/.000017; L. Michiels, 'Bestuurlijke handhaving sinds de derde tranche Awb', DOI:10.5553/NALL/.000015; R. Ortlep, 'Bekendmaking besluit 'op een andere geschikte wijze'', DOI:10.5553/NALL/.000016; en A. Tollenaar, 'Het succes van de codificatie van de beleidsregel in de Awb', DOI:10.5553/NALL/.000018.

31. R. Ortlep e.a., 'Nut en noodzaak van een algemene codificatie van bestuursrecht', DOI: 10.5553/NALL/.000020.

32. W. den Ouden, C.N.J. Kortmann e.a., *'De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling. Titel 4.4 Awb geëvalueerd'*, Den Haag: WODC 2013.

33. En speelt in de jurisprudentie onder meer een belangrijke rol op het gebied van de invordering van dwangsommen, zie daarover: T.N. Sanders, 'De invorderingsbeschikking. Een analyse van de knelpunten bij de invordering van dwangsommen onder de vierde tranche', *NTB* 2013/25. Zie in de kroniekperiode onder meer Hof

's-Hertogenbosch 12 november 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5332, AB 2014/56, m.nt. Sanders (Invorderingsbeschikking is geen stuitingshandeling) en ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2626, AB 2014/57, m.nt. Sanders, *Gst.* 2014/24, m.nt. IJdema (invorderingsbeschikking is geen stuitingshandeling; derde-belanghebbende kan in voorlopige voorzieningsprocedure vragen om verlenging van de verjaringsstermijn); ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3682, AB 2013/285, m.nt. Sanders (mededeling vooralsnog niet starten invorderingsprocedure is geen uitstel van betaling en houdt dus geen van rechtswege verlenging van de verjaringsstermijn in); ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2618 (na intrekking eerder invorderingsbesluit kan opnieuw tot invordering worden overgegaan behoudens verjaring); ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1911, AB 2014/58, m.nt. Sanders (uit controleverslag dat aan invordering ten grondslag ligt moet blijken wie het vaststelde, zij het dat een gebrek op dit punt kan worden gecompenseerd met ander bewijsmateriaal waaruit blijkt dat niet aan de last is voldaan, zoals foto's).

34. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 714, nrs. 1-3.

35. *Stb.* 2013, 567.

Een tweede officieel evaluatieonderzoek naar Awb-regels was gericht op drie daarin opgenomen versnellingsinstrumenten: de dwangsom bij niet tijdig beslissen, beroep bij niet tijdig beslissen en de positieve beschikking bij niet tijdig beslissen (ook wel *lex silencio positivo* genoemd).<sup>36</sup> Het rapport bevat een schat aan informatie over de werking van deze versnellingsinstrumenten in de praktijk en maakt duidelijk dat zij in het algemeen bijdragen aan de aandacht voor tijdigheid van besluitvorming onder bestuursorganen, niet zozeer doordat zij op grote schaal worden toegepast, maar wel door de preventieve werking die er vanuit gaat. De onderzoekers concluderen uiteindelijk dat de veel genoemde nadelen van de versnellingsinstrumenten – zoals de kwaliteit van de besluitvorming die erdoor onder druk zou komen te staan en de schade aan het algemeen belang door van rechtswege verleende vergunningen e.d. – in de praktijk niet zo groot zijn dat zij afschaffing daarvan rechtvaardigen. Wel besteden zij uitdrukkelijk aandacht aan de problematiek van de oneigenlijke WOB-verzoeken; verzoeken die gericht zijn op het verdienen van geld aan de Wet openbaarheid van bestuur door inning van dwangsommen bij niet tijdig beslissen.<sup>37</sup> Het rapport bevat een uitgebreid overzicht van alle publicaties die inmiddels aan deze problematiek zijn gewijd en geeft ook een levendige indruk van de omvang en complexiteit daarvan. Uit de beschreven jurisprudentie wordt duidelijk dat het huidige wettelijke kader onvoldoende instrumenten geeft om oneigenlijke verzoeken het hoofd te bieden. Uit enkele uitspraken die werden gewezen in de afgelopen kroniekperiode wordt duidelijk dat de bestuursrechter desalniettemin probeert misbruik tegen te gaan. Zo oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak bepaalde WOB-verzoeken die ‘verdekt’ werden gedaan (zonder referentie aan de WOB) niet als WOB-verzoeken te kwalificeren.<sup>38</sup> De Rotterdamse rechtbank importeert zelfs het beginsel misbruik van procesrechtelijke bevoegdheden naar het bestuursrecht om dit probleem het hoofd te bieden.<sup>39</sup> Te hopen valt dat er

### **Uit de beschreven jurisprudentie wordt duidelijk dat het huidige wettelijke kader onvoldoende instrumenten geeft om oneigenlijke verzoeken het hoofd te bieden**

binnenkort een bredere oplossing wordt gevonden voor de misbruikproblematiek. Minister Plasterk, die, zoals wij in onze vorige kroniek beschreven, aanvankelijk geen reden zag om iets te doen aan de dwangsomregeling van de Awb in relatie tot de WOB, gaf in reactie op Kamervragen<sup>40</sup> aan dat hij op basis van het Utrechtse onderzoek naar versnellingsinstrumenten wil bezien op welke wijze hij, op korte termijn, paal en perk kan stellen aan oneigenlijk gebruik van de WOB, nu WOB-verzoeken die zijn

gericht op financieel gewin ‘niets te maken hebben met een goede en democratische besluitvoering’.<sup>41</sup>

#### **3.2 Nieuwe wetsvoorstellen**

In verband met de misbruikproblematiek verdient verder opmerking dat het initiatiefvoorstel ‘Wet open overheid’ inmiddels is gepresenteerd door kamerleden van GroenLinks en D66.<sup>42</sup> In deze opvolger van het initiatiefvoorstel voor een nieuwe WOB, waarover de Raad van State eerder kritisch adviseerde, is een antimisbruikbepaling opgenomen die luidt: ‘[i]ndien het *bestuursorgaan* aannemelijk maakt dat de verzoeker kennelijk een ander doel heeft dan het verkrijgen van publieke informatie of indien het verzoek evident geen bestuurlijke aangelegenheid betreft, kan het binnen twee weken nadat het bestuursorgaan daarvan is gebleken, besluiten het verzoek niet te behandelen’. Verder is in het wetsvoorstel opgenomen dat de Awb-regeling over dwangsommen bij niet-tijdig beslissen niet geldt voor beschikkingen op grond van de nieuwe wet en ook niet voor daaropvolgende beslissingen op bezwaar. Het wetsvoorstel Wet open overheid zal ongetwijfeld tot de nodige discussies leiden en tot een bespreking daarvan in de Najaarskroniek, waarin traditiegetrouw altijd veel aandacht wordt besteed aan WOB-aangelegenheden.<sup>43</sup>

Het conceptwetsvoorstel van het project KEI (kwaliteit en innovatie rechtspraak) is inmiddels gepubliceerd<sup>44</sup> en zal, indien het zou worden ingediend en aangenomen, eveneens wijzigingen in de Awb met zich meebrengen. De meest opvallende voorgestelde wijziging betreft de introductie van een nieuwe afdeling 8.1.6a getiteld ‘Digitaal verkeer met de bestuursrechter’. Deze afdeling moet in de plaats komen van het huidige artikel 8:40a, waarin de regels van afdeling 2.3 Awb over elektronisch verkeer tussen burgers en bestuursorganen van overeenkomstige toepassing worden verklaard en de grondslag is gelegd voor nadere regeling per AMvB. De nieuw voorgestelde regels stellen de gebruikmaking van de digitale weg voor professionals voorop. Groothuis en Voermans waarschuwen overigens voor een te brede verplichting tot gebruikmaking van de digitale weg in contact met de overheid.<sup>45</sup> Zij signaleren de erosie van de achterliggende gedachte van artikel 2:14 Awb van geen exclusieve elektronische verzending als betrokkenen aangeven op die manier niet bereikbaar te zijn. Daarop worden steeds meer uitzonderingen vastgesteld, in bijzondere regelgeving. Dat vinden zij zorgwekkend nu de digitale en internet-dekkingsgraad van Nederland zeker nog geen 100% is. In dit verband is het interessant te wijzen op de niet-ontvankelijkverklaring van een door een provinciebestuur ingediend beroepschrift, omdat dit bestuur weigerde naast een digitale ondertekening ook voor een tot bevoegde personen herleidbare fysieke handtekening te zetten, in geval van een niet-digitaal ingediend hoger beroepschrift.<sup>46</sup> Het conceptwetsvoorstel bevat overigens meer, vanuit Awb-perspectief interessante voorstellen, bijvoorbeeld de verplichting voor bestuursorganen om binnen vier weken na de dag van verzending van een beroepschrift een verweerschrift in te dienen (artikel 8:42 Awb) om te zetten in een bevoegdheid en om de zogenaamde ‘antwoordkaartmethode’ voor het deelnemen aan hoorzittingen (vergelijk artikel 7:3 Awb, onder d) ook voor de bestuursrechter te regelen.

Al met al is het dus weer een drukte van belang op het gebied van Awb-voorstellen, -wensen en discussies. Daarom sluiten wij deze paragraaf af met een verwijzing naar de oproep van Schlössels om bij het wijzigen en verbouwen van grote systeemwetten, waaronder de Awb rust te creëren. Wijzig met beleid, niet te vaak en niet te veel, zo luidt zijn advies.<sup>47</sup> Die oproep lijkt in de praktijk nog niet goed gehoord.

## 4. De Awb toegepast

### 4.1. Centrale begrippen

Traditiegetrouw bespreken wij in deze kroniek ook jurisprudentiële ontwikkelingen rond de centrale Awb-begrippen waarbij we deze keer het begrip bestuursorgaan kunnen laten rusten.

## De nieuw voorgestelde regels stellen de gebruikmaking van de digitale weg voor professionals voorop

Het *belanghebbende*begrip is in een rustiger vaarwater terecht gekomen, maar toch valt er wel het een en ander te melden. Wij signaleren een uitspraak van de Afdeling waarin een werknemer wordt aangemerkt als belanghebbende bij een *besluit* waarbij het verzoek van zijn werkgever om hem bij te schrijven als leidinggevende in de zin van de Drank- en Horecawet is afgewezen. De Afdeling kwam, anders dan de rechtbank, tot dit oordeel omdat zij voldoende aannemelijk gemaakt achtte dat het fundamentele recht op arbeid in het geding was hetgeen los van de contractuele relatie werknemer-werkgever een voldoende eigen belang oplevert.<sup>48</sup> De Centrale Raad neemt belanghebbendheid aan van een eigenaar van een

pand waarvoor op grond van de Wmo een voorziening wordt toegekend. Het betoog van verweerder dat daarvan geen sprake was omdat er nog een opvolgend besluit nodig zou zijn om de eigenaar de aanleg te laten dulden wordt verworpen. De Raad stelt dat in een dergelijk geval al beroep mogelijk moet zijn tegen een eerder besluit uit de besluitvormingsketen.<sup>49</sup> Verder werd een na de zienswijze als bedoeld in artikel 6:13 Awb opgerichte rechtspersoon in beroep toch ontvankelijk verklaard. Dit omdat de Afdeling voldoende aannemelijk gemaakt achtte dat deze rechtspersoon als opvolger kan worden gezien van een eerder opgericht comité dat wel een zienswijze indiende.<sup>50</sup> De Afdeling toont zich daarmee vriendelijk voor organisaties die individuele belangen bundelen en aldus bijdragen aan effectieve rechtsbescherming. Een opvallend voorbeeld daarvan biedt ook een uitspraak waarin de Afdeling het enkel bundelen van deze individuele belangen als voldoende feitelijke werkzaamheden beschouwt om op de voet van artikel 1:2 lid 3 Awb ontvankelijk te kunnen zijn als organisatie.<sup>51</sup> Wel geldt onverkort dat een belang voldoende actueel moet zijn wil er sprake zijn van belanghebbendheid. Daaraan was in een tweetal zaken die in deze kroniekperiode werden voorgelegd aan de Afdeling niet voldaan.<sup>52</sup>

Op het front van het besluitbegrip is er niet veel nieuws te melden.<sup>53</sup> Een aardige casus biedt een zaak waarin een lokaalverbod wordt opgelegd door de lokale horeca. Dat is geen besluit nu het verbod niet uitgaat van een bestuursorgaan.<sup>54</sup> Verder werd duidelijk dat een disclaimer in een e-mail daaraan niet het besluitkarakter ontnaemt, nu deze daarin kennelijk abusievelijk en in afwijking van de normale praktijk is terecht gekomen.<sup>55</sup> Verder gaat Peters in op de boeiende vraag of er sprake is van een besluit wanneer bestuursorganen resultaten van zelfregulering overnemen.<sup>56</sup> Interessant is ook de poging die Huisman en Van Ommeren doen om in navolging van hun eerdere VAR-preadvies meer handen en voeten te geven aan het begrip 'bestuursrechtelijke rechtsbetrekking' als ingang voor rechtsbescherming bij de bestuursrechter in plaats van het nu geldende en soms als te knellend ervaren besluitbegrip. Bepalend zou naar hun mening moeten zijn of het handelen besluitgerelateerd is.<sup>57</sup>

36. B.J. Schueller e.a., *Evaluatie van een drielat versnellingsinstrumenten uit de Awb*, Den Haag: WODC 2013.

37. Zie daarover ook F. Bakker, 'Misbruik van de Wet openbaarheid van bestuur', *NJB* 2014/137, afl. 3, p. 170-178.

38. ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1133, JB 2013/204, m.nt. Overkleef-Verburg, *Gst.* 2013/128, m.nt. Van der Sluis; ABRvS 4 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2218.

39. Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10241, JG 2014, 1, m.nt. Al Khatib en Barkhuysen; vergelijk ook Rb. Oost-Brabant 24 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014: 803. Ook een civielrechtelijk 'verzoek- en beroepenverbod' is mogelijk bijkens Hof 's-Gravenhage 28

januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:75.

40. *Aanhangel Handelingen II* 2013/14, nr. 1 (kenmerk 2013Z16086) naar aanleiding van een brief van de VNG van 26 augustus 2013.

41. *Aanhangel Handelingen II* 2013/14, nr. 159.

42. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nrs. 8 en 9.

43. Zie voor een overzicht E.J. Daalder en N. Bontje, 'Kroniek openbaarheid en behoorlijkheid', *NTB* 2014/9.

44. Zie [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl).

45. In hun annotatie bij CRvB 7 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ9982, AB 2014/11.

46. ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2374, JB 2014/16, m.nt. Overkleef-Verburg.

47. R. Schlössels, 'Ondergevaardeerde wetgeving', *NTB* 2013/24.

48. ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:847, AB 2013/315, m.nt. Tolsma.

49. CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2716, JB 2014/37.

50. ABRvS 12 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:577.

51. ABRvS 12 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:417.

52. ABRvS 27 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2165, AB 2014/60, m.nt. Tolsma (voorkeursrecht geeft geen actueel belang); ABRvS 27 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2129, AB 2014/109, m.nt. Tolsma (toelating zorginstelling op grond van AWBZ geeft geen actueel belang

nu niet zeker is dat deze instelling zorg zal verlenen aan appellant: tussenschakel).

53. Vergelijk A.M.L. Jansen, 'Kroniek bestuurshandelingen', *NTB* 2013/28.

54. ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2473, AB 2014/65, m.nt. Peters.

55. ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:99.

56. J.A.F. Peters, 'Een Januskop in het bestuursrecht', *NTB* 2013/33.

57. P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: op zoek naar een scherp criterium *Feitelijk handelen bij de bestuursrechter*', *NTB* 2014/6.

## Het devies is dus: of alleen een pro forma beroepschrift met eventueel verwijzingen naar eerdere gedingstukken, of een schriftuur waarin alle relevante gronden uitgewerkt en toegelicht zijn

### 4.2. (Nieuw) Awb-procesrecht toegepast

Sinds 1 januari 2013 geldt het nieuwe Awb procesrecht waarvan sinds 1 juli 2013 ook deel uitmaakt de nieuwe regeling met betrekking tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.<sup>58</sup> Een primeur was de toepassing van de judiciële lus in een uitspraak van de Afdeling op grond waarvan partijen nadat het bestuursorgaan opnieuw heeft besloten met voorbijgaan aan de rechtbank tegen dat nieuwe besluit alleen direct bij de Afdeling moeten opkomen.<sup>59</sup> Met de toepassing van het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb is al meer ervaring opgedaan. Aardig om hier te noemen is een uitspraak waarin de Afdeling oordeelt dat de parkeernormen van artikel 2.5.30 van de Bouwverordening kennelijk niet strekken tot bescherming van concurrentiebelangen.<sup>60</sup> Ook omwonenden die een beroep doen op schending van de Wet geluidhinder om de bouw van nieuwe woningen in hun omgeving tegen te gaan vangen bot wegens het relativiteitsvereiste. Dat zou mogelijk anders kunnen zijn indien zou zijn gebleken dat zij interesse hebben in de koop of bewoning van deze woningen.<sup>61</sup> De Afdeling heeft ook duidelijk gemaakt dat de eveneens nieuwe regeling van het incidenteel appel in de Awb niet bedoeld is voor partijen met een zelfde belang als de principaal appelland. Ongeacht de aanduiding van principaal of incidenteel appel op het beroepschrift moet bezien worden wat de aanleiding is voor het beroep. Is die niet gelegen in het principale beroep van degene die tegen de rechtbankuitspraak opkwam dan is er geen sprake van een incidenteel appel en gelden de termijnen voor het principale beroep.<sup>62</sup>

Verder verdienen twee uitspraken over de al wat oudere Wet dwangsomregeling hier aandacht. De Afdeling heeft duidelijk gemaakt dat van een tijdige beslissing als bedoeld in artikel 4:20b lid 1 Awb alleen sprake kan zijn wanneer het besluit tijdig bekend is gemaakt, hetgeen in casu verzending binnen de beslistermijn betekent.<sup>63</sup> Verder treft de terugwerkende kracht van een vernietiging door de Afdeling van een rechtbankuitspraak niet de uit die uitspraak voortvloeiende verplichting binnen de daarbij gestelde termijn te beslissen. Daarmee vervalt dus niet de grondslag aan het daarmee verband houdende besluit tot toekenning van een dwangsom.<sup>64</sup> De juistheid van de door een bestuursorgaan op de voet van artikel 7:15 Awb vergoede proceskosten in de bezwaarfase dient door de rechter zelfstandig en volledig te worden getoetst.<sup>65</sup> Ten slotte nog een belangrijke waarschuwing voor de praktijk. Uit een uitspraak van de Afdeling volgt dat in gevallen waarin in een (hoger) beroepschrift alleen is verwezen naar hetgeen eerder is aangevoerd, de indiener in de lijn van artikel 6:6 Awb wordt uitgenodigd te expliciteren waarom hetgeen waarop wordt gereageerd onjuist is. De Afdeling ziet daarvoor echter geen aanleiding indien het (hoger)beroepschrift een of meer wel uitgewerkte en toegelichte beroepsgronden bevat. Het devies is dus: of alleen

een pro forma beroepschrift met eventueel verwijzingen naar eerdere gedingstukken, of een schriftuur waarin alle relevante gronden uitgewerkt en toegelicht zijn.<sup>66</sup>

### 5. Sancties

De jaarvergadering van de vereniging voor bestuursrecht (VAR) in mei 2014 wordt gewijd aan de bestuurlijke boete. Centrale vraag is hoe het recht rond de bestuurlijke boete er anno 2014 voor staat en welke knelpunten zich daarbij – ook in vergelijking met het strafrecht – voordoen. Een meer algemeen, inleidend preadvies is geschreven door Albers, waarna Van Emmerik en Saris inzoomen op de evenredigheid(toets) en Haas een kijkje in de fiscale boetepraktijk biedt. Uit de preadviezen volgt dat het bestuurlijke boeterecht een steeds belangrijker rol speelt binnen de handhavingspraktijk en daarbij het strafrecht op sommige terreinen overvleugelt. Tegelijk laten de preadviezen ook zien dat er met name op het terrein van de geldende rechtswaarborgen en de controle door de rechter nog het nodige van het strafrecht kan worden geleerd, zeker waar de keuze voor een van beide handhavingssystemen vaak arbitrair is en er hoge boetes aan de orde kunnen zijn in het bestuursrecht.<sup>67</sup>

Opvallend en waarschijnlijk niet helemaal toevallig is dat de rechtspraak de afgelopen maanden enigszins lijkt te anticiperen op deze bevindingen van de preadviseurs. Zo maakte de Afdeling in een Wav-zaak duidelijk dat de rechter 'zonder terughoudendheid' moet toetsen of een boete evenredig is waarbij overigens – mits goed gemotiveerd – het gelijkheidsbeginsel er niet toe leidt dat alleen een boete zou mogen worden opgelegd wanneer dat in vergelijkbare gevallen ook is gebeurd.<sup>68</sup> Ook stelt de Afdeling de nodige eisen aan het bewijs en de mogelijkheid dit te betwisten: het verborgen houden van de identiteit van de controleambtenaren en getuigen levert een schending van het verdedigingsbeginsel en het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM op.<sup>69</sup> De Centrale Raad stelt verder duidelijke grenzen op grond van het subsidiariteits- en proportionaliteitsvereiste van artikel 8 EVRM ten aanzien van het gebruik van bewijs verkregen met veelvuldige heimelijke observaties.<sup>70</sup> De Hoge Raad op zijn beurt oordeelde dat het zwijgrecht van artikel 6 EVRM er niet aan in de weg staat dat iemand in het kader van toezicht op de naleving van regelgeving wordt gedwongen informatie te verstrekken. Er moet echter wel een waarborg worden geboden dat de verstrekte informatie, althans voor zover die alleen afhankelijk van de wil van betrokkene bestaat, niet voor punitieve doeleinden zal worden gebruikt.<sup>71</sup> Ook maakte de Hoge Raad uit dat de rechter de evenredigheid van de hoogte van een bestuurlijke boete *ex nunc* moet toetsen, zij het dat deze zijn oordeel ter zake alleen nader hoeft te motiveren wanneer de stelling dat de boete onevenredig zou zijn voldoende wordt onderbouwd.<sup>72</sup> Voorts heeft de Afdeling bestuurs-



rechtspraak de ongeldigverklaring van een rijbewijs, als ook de verplichting om aan een alcoholslotprogramma (ASP) deel te nemen, aangemerkt als een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM, met name vanwege de zware gevolgen daarvan voor de betrokkene in kwestie. Als gevolg daarvan werden de strengere strafrechtelijke waarborgen van deze bepaling daarop van toepassing.<sup>73</sup> In het verlengde daarvan is de vraag opgeworpen of de zwaarte van een sanctie, los van het al dan niet bestraffende karakter daarvan niet veel meer de leidraad zou moeten vormen bij het bepalen van de van toepassing zijnde rechtswaarborgen en de intensiteit van de rechterlijke toetsing.<sup>74</sup> Een dergelijke tendens lijkt al waarneembaar in Bibob-zaken. Aan deze wet werd trouwens in de literatuur de nodige aandacht besteed vanwege het tienjarige bestaan.<sup>75</sup> Het is in dit licht interessant dat op verzoek van de Eerste Kamer wordt gewerkt aan een codificatie van het recht op toegang tot de rechter in de Grondwet. Sillen stelt in dat verband voor in een dergelijke grondwetsbepaling expliciet aandacht te besteden aan de rechterlijke controle op het bestraffende bestuur.<sup>76</sup> Ten slotte verscheen er een bundel met opstellen over de betekenis van mensenrechten in de toezichtfase die aan het opleggen van een sanctie vooraf gaat.<sup>77</sup>

## 6. Overheidsaansprakelijkheid

In een vreemdelingenrechtelijke zaak was bij de Afdeling voor het eerst een verzoekschrift om schadevergoeding als bedoeld in het nieuwe artikel 8:88 Awb aan de orde, zij het dat daarop niet materieel kon worden ingegaan bij gebrek aan een vernietigd besluit.<sup>78</sup> Deze nieuwe regeling van schadevergoeding op basis van een verzoekschrift bij de bestuursrechter zal naar verwachting nog voor de nodige vragen gaan zorgen, omdat zij summier is en veel 'losse eindjes' kent.<sup>79</sup> Wat te doen indien geen ingebrekestelling is verstuurd alvorens het verzoekschrift in te dienen? Welk griffierecht moet nu precies worden gegeven? En

welke ruimte bestaat nog voor een aanvullende vordering bij de civiele rechter voor andere schade dan waarover de bestuursrechter heeft geoordeeld en als die ruimte er is, in hoeverre is de civiele rechter dan gebonden aan het oordeel van de bestuursrechter over onrechtmatigheid, relativiteit of eigen schuld? Ondanks deze door hen opgeworpen vragen verwachten Schueler en Van Ettehoven dat de regeling in de meeste gevallen bevredigend zal functioneren.<sup>80</sup> In haar Leidse dissertatie doet Di Bella meer materiële voorstellen om het overheidsaansprakelijkheidsrecht te verbeteren en qua uitkomsten voorspelbaarder te maken. Zij betoogt dat er redenen zijn om de overheid een bijzondere positie te geven in vergelijking met

## Zou de zwaarte van een sanctie, los van het al dan niet bestraffende karakter daarvan, niet veel meer de leidraad moeten vormen bij het bepalen van de van toepassing zijnde rechtswaarborgen?

andere rechtspersonen, maar zij meent dat deze beter niet tot uitdrukking kan worden gebracht via het relativiteitsvereiste of de causaliteit. De toerekening zou daarvoor beter geschikt zijn.<sup>81</sup>

De regeling voor nadeelcompensatie in de Awb is vooralsnog niet in werking getreden.<sup>82</sup> De reden daarvoor is met name de lastige afstemming met reeds lang

58. Vergelijk J.A.M. van Angeren, 'De gevolgen van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht voor de positie van de burgerlijke rechter', *O&A* 2013/60; J.C.A. de Poorter, 'Kroniek bestuursprocesrecht', *NTB* 2013/27. Zie over het overgangsrecht N. Verheij, 'Het overgangsrecht bij het nieuwe algemene bestuursrecht', *JBplus* 2013, p. 51 e.v.

59. ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1659.

60. ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1146.

61. ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1551.

62. ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:681. Vergelijk R.C. Stam, 'Incidenteel hoger beroep', *NTB* 2013/38.

63. ABRvS 9 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1465, *AB* 2013, 382, m.nt. Groothuijs.

64. ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:352.

65. HR 18 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:915, *AB* 2014, 55, m.nt. Koenraad.

66. ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1789, *JB* 2013, 256, m.nt. Timmermans.

67. M.L. van Emmerik en C.M. Saris, F.J.P.M. Haas en C.L.G.F.H. Albers, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

68. ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:242.

69. ABRvS 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:111, *AB* 2013/275, m.nt. Stijnen.

70. CRvB 16 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:785, *AB* 2013/372, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

71. HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *AB* 2013/343, m.nt. Stijnen. Vergelijk ook J.P. Heinrich e.a., 'Kroniek handhavingsrecht', *NTB*

2013, p. 266 e.v.

72. HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:685.

73. ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1643, *JB* 2013/247.

74. T. Barkhuysen, 'Herijking van waarborgen bij bestuurlijke sancties', *NJB* 2014/136, afl. 3, p. 169.

75. Vergelijk R.D. Scholte, 'Het zakelijk samenwerkingsverband; Tien jaar ontwikkeling op het terrein van de Wet Bibob', *NJB* 2013/2190, afl. 37, p. 2597-2603; B. van der Vorm, 'De "strafrechtelijke" weigerings- en intrekingsgrond van artikel 3 lid 6 Wet Bibob', *Gst.* 2013/91.

76. J.J.J. Sillen, 'Straffend bestuur, de rechter en de Grondwet', *RM Themis* 2014, p. 26 e.v.

77. J.K. Sluis, A.M. de Koning en C. Peters (red.), *Mensenrechten en toezichhouders*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

78. ABRvS 1 november 2013, nr. ECLI:NL:RVS:2013:2722.

79. Als gevolg van de inwerkingtreding verdween het oude art. 8:73 Awb terwijl de jurisprudentie voor schadevergoeding op grond van de redelijke termijn zoals hiervoor besproken daarop was gebaseerd. De minister heeft echter aangegeven dat de nieuwe regeling ook deze basis blijft bieden. Vergelijk voor een toepassing ABRvS 25 september 2013.

80. ECLI:NL:RVS:2013:1259.

81. B.J. Schueler en B.J. van Ettehoven, 'De "losse eindjes" van Titel 8.4 Awb', *NTB* 2013/34.

82. L. di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014.

83. Vergelijk de bijdragen van B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding', *NTB* 2014/4 en M.K.G. Tjepkema, 'Tegemoetkomingen van overheidswege: ongeregeld en ondoorzichtig bestuur anno 2014', *NTB* 2014/3.

bestaande bijzondere regelingen ter zake. Daarover wordt thans nagedacht. Van Doorn gaat al een stap verder en onderzoekt of er ook een (Awb)regeling zou moeten komen voor de afwenteling van nadeelcompensatie op de primaire veroorzakers van te vergoeden schade.<sup>83</sup> Onder tusschen gaat de nadeelcompensatiepraktijk gewoon verder op grond van diverse bijzondere regelingen. Daarbij is vaak een discussiepunt welke korting mag worden toegepast op de te vergoeden schade vanwege het normaal maatschappelijk risico. De Afdeling was in dat licht kritisch over een onvoldoende gemotiveerde extra korting van 5% en voorzag uiteindelijk zelf in de zaak door een hoger bedrag aan schadevergoeding vast te stellen.<sup>84</sup>

### 7. Europese invloeden

Het is vrijwel onmogelijk om alle recente Europese invloeden op het Nederlandse bestuursrecht binnen de kaders van deze kroniek recht te doen.<sup>85</sup> Wij volstaan met het verwijzen naar enkele publicaties op dat gebied die erg informatief zijn, alsmede het noemen van een enkele uitspraak. Er was in deze kroniekperiode veel aandacht voor de manier waarop de bestuursrechter omgaat met EU-recht. Backes beschrijft hoe de Nederlandse bestuursrechter met internationaal recht omgaat dat deel uitmaakt van de Europese rechtsorde.<sup>86</sup> Botman deed dat specifiek voor de Dienstenrichtlijn<sup>87</sup> en Van den Brink en Van Dam deden dat voor soft law.<sup>88</sup> Uit de laatstgenoemde bijdrage blijkt dat soft law een steeds belangrijker positie krijgt in het toetsingskader van de nationale rechter, hetgeen op gespannen voet kan staan met het rechtszekerheidsbeginsel. Belangrijk is ook de prejudiciële vraag die de Afdeling stelde over de gevolgen van de schending van het verdedigingsbeginsel. Met inachtneming van het arrest van het Luxemburgse Hof gaat de Afdeling vervolgens na of de schendingen van het verdedigingsbeginsel in casu al dan niet de mogelijkheid hebben ontnomen om zich zodanig te verweren dat de besluitvorming een andere afloop had kunnen hebben, hetgeen niet het geval blijkt.<sup>89</sup> Het vermelden waard is verder een uitspraak waarin de Afdeling aanneemt dat er geen ruimte is voor een belangenafweging of een beroep op het vertrouwensbeginsel in een handhavingszaak wanneer de handhavingsverplichting direct voortvloeit uit een rechtstreeks werkende verordening.<sup>90</sup> Voorts blijft de Europese transparantieplichting bij de verdeling van schaarse rechten vragen oproepen.<sup>91</sup>

Sanderink vraagt, ten slotte, aandacht voor het feit dat uit het EVRM een 'principle of good governance' volgt dat een belangrijke aanvulling vormt op de beginsel en van behoorlijk bestuur en de algemene rechtsbeginselen.<sup>92</sup>

### 8. Tot slot

Het voorgaande laat zien dat het bestuursrecht volop in ontwikkeling blijft. Nieuwe regelingen zijn in de maak, oude worden geëvalueerd en geven aanleiding tot aanpassingen en ondertussen vraagt de praktijk om creatieve rechterlijke oplossingen om een fenomeen als misbruik van de dwangsomregeling te lijf te gaan, al dan niet in afwachting van de wetgever. Om door de bomen het bos te kunnen blijven zien, zijn er de handboeken en standaardwerken; verheugend is dat er daarvan weer enkele actuele drukken zijn verschenen.<sup>93</sup> Genoeg dynamiek en systematiek dus. Opvallend is daarbij wel dat binnen de bestuursrechtelijke discussie de aandacht vaak uitgaat

## Binnen de bestuursrechtelijke discussie gaat de aandacht vaak uit naar de vorm en minder naar de inhoud

naar de vorm en minder naar de inhoud, zo blijkt ook weer uit deze kroniek. Discussies over de inrichting van de rechtsbescherming en nieuw procesrecht slokken veel denkkraft op. Het zou goed zijn wanneer – bij wijze van tegengeluïd – de balans op dit punt de komende tijd meer naar materiële vraagstukken zou verschuiven. Mogelijk zal dat er toe leiden dat het uniformiteitsdenken dat de Awb introduceerde (verder) onder druk komt te staan. Of dat erg is, is de vraag: uiteindelijk is het bestuursrecht er toch vooral om voor burgers en andere betrokkenen materieel aanvaardbare besluitvorming te garanderen. Vorm is daarvoor belangrijk maar niet leidend, zoals de afgetreden ombudsman Alex Brenninkmeijer ons de afgelopen acht jaar steeds heeft voorgelopen.<sup>94</sup> ●

<sup>84</sup> J.B. van Doorn, 'Naar een (Awb-)regeling voor afwenteling van nadeelcompensatie?', O&A 2013/87.

<sup>85</sup> ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2310.

<sup>86</sup> Zie nader A.P.W. Duijkersloot e.a., 'Kroniek Europees staats- en bestuursrecht', NTB 2013/36.

<sup>87</sup> Ch.W. Backes, 'Slovaakse bruine beren, Frans parfum en Duitse medicijnen. Hoe de Nederlandse bestuursrechter met internationaal recht omgaat dat deel uitmaakt van de Europese rechtsorde', JBplus 2013, p. 174 e.v.

<sup>88</sup> M.R. Botman, 'De Dienstenrichtlijn in

de bestuursrechtspreek: van lex silencio tot winkeltijden', JBplus 2013, p. 129 e.v.

<sup>89</sup> J.E. van den Brink en J.C.A. van Dam, 'Nederlandse bestuursrecht en Unierechtelijke beleidsregels', JBplus 2014, p. 3 e.v.

<sup>90</sup> HvJ EU 10 september 2013, nr. C-383/13 PPU; ABRvS 4 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1481.

<sup>91</sup> ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1930, JB 2014/3, m.nt. Tans.

<sup>92</sup> Vergelijk A. Drahmman, 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?', JBplus

2013, p. 141 e.v.; C.J. Wolswinkel,

'De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Een illustratie van algemene regels van verdelingsrecht aan de hand van de numerus fixus voor rechtsgeleerdheid', AAe 2013, p. 790 e.v.; C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten, Een algemeen leerstuk gerelativeerd', NTB 2014/7. In de kroniekperiode bijvoorbeeld: CBB 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, AB 2014/112, m.nt. Drahmman en CBB 13 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:59.

<sup>93</sup> D.J. Sanderink, 'Het "principle of good governance" in het bestuursrecht', Tremas 2014, p. 10 e.v.

<sup>94</sup> Respectievelijk van M. Scheltema en

M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013; P.J.J. van Buuren, T.C. Borman, M.J. Jacobs en J.C.A. de Poorter, *Tekst & Commentaar Awb*, Deventer: Kluwer 2013; R.J.N. Schössels, C.L.G.F.H. Albers, S. Hillegers en S.D.P. Kole, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013; T. Barkhuysen, C. de Kruijff, W. den Ouden en Y.E. Schuurmans, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2014.

<sup>95</sup> Vergelijk over diens erfenis M.L.M. Herctogh, 'Van hoera-instituut tot luis in de pels. Acht jaar Alex Brenninkmeijer als Nationale ombudsman', NJB 2014/6, afl. 1, p. 2531.